

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 24 / 2006



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2006

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 24
2006

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I.S.S.N. — 0716 — 7881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

En 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que participaron ponentes de ambos países. Dos años más tarde, en 2006, con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales y de la Facultad de Derecho de esa misma universidad, tuvo lugar la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Este número 24 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reproduce la ponencia inaugural de la Jornada de 2006, a cargo de Ernesto Garzón Valdés, y las 12 ponencias hechas en sesiones plenarias. Incluye también las palabras que Miguel Orellana Benado, Pablo Ruiz-Tagle y Agustín Squella dijeron en la ceremonia de clausura de la Jornada, momento en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social materializó el reconocimiento como Socios Honorarios a Roberto Torretti, Carla Cordua y Ricardo Guibourg.

De las ponencias presentadas en las sesiones plenarias no se incluye aquí la de Fernando Atria, la cual, con una mayor extensión y en forma de libro, fue publicada en 2007 ("Mercado y ciudadanía en la educación", Flandes Indiano, Santiago).

Al final de este número 24 se incluyen las nuevas normas editoriales de nuestra publicación, las cuales regirán a partir del número 26, correspondiente a 2008.

En cuanto al número 25, correspondiente a 2007 y que aparecerá a comienzos de 2008, incluirá las 27 ponencias hechas en sesiones de comisiones de la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentina de

"Un crimen tal lesiona en verdad a todos los Estados del mundo y a cada uno de sus ciudadanos. Pues afecta la norma inicial de todo derecho, la prohibición del uso de la fuerza. Esta no es una norma cualquiera del derecho internacional sino que es su fuente, la condición de su posibilidad como derecho. El razonamiento de algunos internacionalistas acerca de la actual 'emergencia' de una nueva norma que permite la guerra preventiva, es decir, la guerra de agresión, es una ceguera teórico-jurídica"³¹.

Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como "normativas" o "éticas" y, por lo tanto, como "no científicas".

Asumía así una actitud que se apartaba claramente de una tradición filosófica cuyos orígenes se remontan a la filosofía griega, concretamente a Aristóteles, y que, durante el siglo XIX, había tenido representantes tan ilustres como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Por cierto, ambas son ciencias normativas en el sentido de que se ocupan de normas; pero, el sistema normativo de la moral es estático mientras que el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas actos volitivos dirigidos a la persecución de fines o a la realización de valores que escapan a todo intento de justificación universalmente válida.

Una visión diferenciada de los procesos de decisión que imponen los conocimientos neurobiológicos [...] sustituiría la conflictiva imputación de 'libertad' graduada y responsabilidad a través de procesos conscientes e inconscientes y abriría un ámbito desprejuiciado para el juicio y evaluación de comportamientos 'normales' y 'desviados'.

31. Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt" en *Die Zeit*, del 13 de marzo de 2003, pág. 41.

PONENCIAS EN PLENARIAS

CATEGORÍAS JURÍDICAS Y PRÁCTICAS SOCIALES

ALDO VALLE ACEVEDO*

1.- *Consideraciones preliminares*

Con la pretensión de responder a la convocatoria en orden a proponer y analizar algún problema acuciante de la filosofía del derecho, me propongo presentar como tal la necesidad teórica de que las categorías y conceptos del derecho incorporen con mayor nitidez las prácticas sociales, y dejen de evitarlas como se ha hecho desde cierto positivismo, o más urgente aún, que abandonemos las improntas metafísicas, especialmente si tales categorías han de ser útiles a la dogmática y las funciones del derecho.

Con el título de esta conferencia ya incurro en cierta imprecisión, pues las mismas categorías jurídicas constituyen también el resultado de una práctica social. Desde la sociología del conocimiento, las formas conceptuales que los juristas han ido construyendo no provienen de mundos trascendentes en sentido ontológico, ni lógico-trascendentales, pues no pueden sustraerse a la historia y la cultura en que se insertan y expresan. En consecuencia, tal vez no haré más que mirar una práctica social, la que han efectuado los juristas, desde otras. En este caso, mirar como los juristas y filósofos del derecho han cuidado y conservado la distancia entre los conceptos jurídicos y las formas sociales de modo

* Universidad de Valparaíso.

que aquellos no se contaminen y degraden hasta la materialidad social siempre más oscura, conflictiva e impenetrable.

En pocas palabras, me propongo desarrollar la idea según la cual por causas muy distintas las prácticas sociales y las categorías jurídicas han tenido una historia de desventura en sus relaciones. En unos primeros tiempos tal distancia se explica por la racionalidad puramente abstracta que se les atribuye, y en otros momentos por la deliberada reticencia del mismo positivismo a concebir la vinculación de dichas categorías con sus orígenes y funciones sociales, es decir, con la positividad social.

La reflexión que haré discurre principalmente en torno a cómo esta distancia se ha presentado respecto de la idea de derecho subjetivo entre los filósofos del derecho. En mi apreciación del asunto, el caso de este concepto jurídico es paradigmático pues respecto de él concurren las aseveraciones más contrapuestas, y de aquí su utilidad para analizar la relación entre las categorías jurídicas y las prácticas sociales respectivas. Además se trata del concepto más relevante en los discursos del derecho moderno, al menos desde la querrela sobre la pobreza entre la Orden de los Franciscanos y el Papado, en que interviene Guillermo de Occam, por allí por el siglo XIV.

Desde el iuspositivismo, se dice que no es aconsejable concebir los derechos u otras nociones jurídicas como racionalizaciones de lo natural, según todavía se deja oír o disimula en el lenguaje iusfilosófico tradicional. Pero tampoco lo es que en función de la pureza del método se niegue la existencia de los derechos subjetivos como hace Hans Kelsen o se afirme, con cierto frenesí antimetafísico, que no son más que *flatus vocis*, si seguimos a Alf Ross.

No nos parece razonable que la teoría del derecho se conforme con la idea que la existencia de los derechos subjetivos no es más que una ideología burguesa, según Kelsen, o que se trata de una superstición occidental como sugiere Ross en su pequeña obra Tú-Tú.

¿Qué sentido ha de tener para la ciencia jurídica de nuestro tiempo decir que el derecho de propiedad privada no existe o que es un mero nombre vacío de toda realidad?

Lo acuciante, según creo, estaría dado por lo siguiente: Si a la ciencia jurídica, acicateada desde la filosofía del derecho, le corresponde

aumentar o contribuir a esa racionalidad social que necesitamos para convivir en paz, sobre la base de aumentar nuestro conocimiento de la realidad, mi opinión es que ninguna de aquellas tradiciones de la filosofía jurídica, ni la metafísica de los derechos naturales, ni el reduccionismo positivista —normativista o realista— pueden aportarnos lo suficiente para comprender la experiencia simbólica y normativa comprometida en la noción de derecho subjetivo.

Ciertamente la sociología tiene mucho que decirnos de esta experiencia, pero los conceptos jurídicos no son una tarea propia de esta disciplina. La ciencia y la filosofía del derecho, sin perder por ello su carácter y su objeto, no pueden permanecer ausentes en el cometido de elaborar y depurar un concepto jurídico de la envergadura que tiene el que hemos traído a colación.

2.- Referencia histórica al origen del concepto de derecho subjetivo

Aún a riesgo de presentar cosas muy sabidas, me permitiré hacer una breve referencia al origen histórico del concepto "derecho subjetivo".

En los estudios de especialistas sobre del origen histórico de los derechos subjetivos aparece claramente que esta noción no pertenece al mundo antiguo y medieval. A las investigaciones del profesor Michel Villey¹ acerca del significado de la palabra *ius*, y su crítica a la falta de fidelidad de Grocio con los textos romanos debemos agregar la consideración histórica de que en el contexto de una sociedad esclavista o feudal no puede hablarse con propiedad de derechos individuales.

El concepto de derecho subjetivo está asociado al de "derechos naturales subjetivos" que hace su aparición al final de la Edad Media en oposición a la noción medieval de "Ley natural" de Santo Tomás de Aquino, elaborado precisamente por los rivales teóricos del tomismo, a saber, Duns Scoto y Guillermo de Occam.

La expresión "derechos subjetivos" sólo puede comprenderse si se aprecia históricamente en el "tránsito a la modernidad". En este

1. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, traducción de Alejandro Guzmán, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

sentido, la noción de derechos subjetivos aparece íntimamente ligada a los procesos de secularización e individualismo que instalarán las bases del iusnaturalismo racionalista.

Estos antecedentes comprometen consecuencias filosóficas, éticas y jurídicas que, a nuestro juicio, desempeñan hasta hoy un papel relevante al momento de proceder al análisis del concepto "derecho subjetivo", tal como es usado por juristas, políticos y moralistas.

Ya en Occam el derecho subjetivo es un poder del sujeto sobre la norma externa vinculante, dejando así de ser una parte del conjunto de ventajas y cargas distribuidas por el poder. Esta es la consecuencia de la ruptura con la concepción objetivista del derecho que impera en la Edad Media. Grocio es un continuador de Occam en el sentido que el derecho subjetivo es una facultad o poder innato del individuo, anterior a la ley. Los derechos subjetivos son facultades morales que suponen que el acto de voluntad de su titular crea una obligación en un tercero.

Por supuesto hay una perfecta conexión entre esta noción de derecho subjetivo y las tesis del contractualismo, que se apoya en la categórica afirmación de la prioridad ontológica y metodológica del individuo, depositario de atributos originales y autónomos, independientes de toda experiencia social, simbólica y normativa.

El derecho objetivo, así, no sería más que el sistema de los derechos subjetivos como puede apreciarse en la definición kantiana del mismo. La inmediata consecuencia de este nexo será la identificación reductivista del derecho objetivo con el derecho privado.

De este modo se ha formado, creo, la concatenación desde el nominalismo, al contractualismo y al atomismo. Todo ello explica que no se encuentren antecedentes del derecho subjetivo en el mundo antiguo, en el que la noción de individuo como tal es desconocida, pues no obstante los antecedentes cristianos, lo cierto es que se trata de un producto del mundo moderno.

3.- *Crítica positivista del siglo XX*

3.1.- El derecho subjetivo como correlato del deber formalmente establecido

Respecto de este concepto heredado de la modernidad y del racionalismo, se afirmará desde la teoría positivista que no existen los derechos subjetivos como categorías de la ciencia jurídica. Al decir de Kelsen son más bien ideología burguesa. Pues bien, no parece tampoco razonable que la ciencia jurídica se conforme con la idea que induce a creer que el concepto de derecho subjetivo solamente se explica a partir de su función ideológica de protección de la propiedad privada. Tiene razón Kelsen cuando dice que al formular un derecho real como la relación excluyente de un sujeto titular respecto de una cosa determinada, lo que se pretende es ocultar que las relaciones jurídicas se dan entre personas o sujetos de derecho y no entre personas y cosas. No se equivoca el jurista austriaco al disolver teóricamente ese dualismo de la ciencia jurídica tradicional, pues la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo.

Pero no es suficiente concluir que se trata de un concepto ideológico, inútil para describir el derecho positivo, o, más grave, inútil para describir la experiencia jurídica. Digo esto porque es evidente que en dicha experiencia nos hallamos con derechos subjetivos. Tal vez aquello de Kelsen puede ser útil para desvirtuar ciertos aspectos de connotación ideológica, pero ello no autoriza para concluir que son mera ideología.

Mi discrepancia es tan sólo parcial. Ciertamente en el lenguaje de los derechos subjetivos nadie podría negar sus componentes ideológicos, pero ello no autoriza a concluir que en dicha noción sólo subyace ideología, esto es, una falsa e interesada representación de una realidad. No digo que Kelsen se queda en esto pues en la Segunda edición de la Teoría Pura del derecho desarrolla extensamente una serie de aspectos jurídicos del concepto de derecho subjetivo, pero todo parece reducido a entenderlo como un correlato normativo del deber formalmente establecido.

3.2.- El derecho subjetivo como superstición tribal

Otro momento de esta desventura es el intento de Ross de reducirlo a cierto estado mental cercano al animismo tribal. Este noble

representante del realismo jurídico escandinavo que es Alf Ross se atribuye el positivismo en serio, no como Kelsen a quien le acusa de un positivismo en broma, cuando trata del concepto de derecho de propiedad recurre a una alegoría de la superstición en las islas Noisuli, en el Pacífico Sur, que llevó a un opúsculo traducido por Genaro Carrió hace ya treinta años, me refiero a Tú-Tú, que data originalmente de 1951. Aquí Ross llega a la conclusión que el concepto de derecho subjetivo es un instrumento para la técnica de presentación de diversas normas relacionadas que sirve exclusivamente a fines sistemáticos, y que en sí no significa ni más ni menos que "tú-tú"². En esa tribu tú-tú es concebido como una fuerza peligrosa que recae sobre el infractor de un tabú. Se trata de una palabra desprovista de todo significado pues no refiere a ningún estado de cosas verificable empíricamente. Formaría parte de proposiciones que no tienen una referencia semántica.

Desde luego Ross o no conoció o no quiso reconocer las consecuencias de las críticas que se dirigieron contemporáneamente al empirismo y a su teoría verificacionista del significado por Nelson Goodman y Willard Orman Quine³. A partir de ambas, el jurista escandinavo no podría haber llegado a una tesis tan reductivista y dogmática en sentido filosófico. Goodman puso al descubierto un flanco débil de la concepción empirista del conocimiento humano al mostrar que una idea de confirmación de hipótesis puramente formal, que ignorara la historia y arraigo de nuestros conceptos o predicados, conduce a un callejón sin salida, pues cuando nos movemos en el dominio de la confirmación, la mera forma no determina la validez de la argumentación. El stock de predicados, es decir, nuestro sistema conceptual, no ha sido forjado de cualquier modo, sino que ha sido pulido y organizado lentamente en nuestra aproximación al mundo, por lo mismo cada concepto tiene una biografía no cualquiera, y esto es lo que una lógica inductiva puramente formal no puede recoger.

2. Ross, Alf: "Tú-Tú", traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, 1976, Buenos Aires.

3. *Hecho, ficción y previsión*, de Goodman, es de 1954. Dos dogmas del empirismo, de Quine, es de 1953.

Quine se hizo cargo de otros dogmas del empirismo, cuya crítica también derrumba frontalmente uno de los pilares de Ross y su idea negativa de los derechos subjetivos. Uno de estos dogmas decía que para cada proposición o enunciado existe el conjunto de experiencias u observaciones que la confirmarían y el conjunto de aquellas que la desconfirmarían. Frente a esto Quine arguye que no puede decirse que toda proposición tenga un fondo de experiencias confirmatorias que pueda considerarse propio. Las proposiciones no se confirman una por una, sino en bloques o conjuntos. Esto es particularmente cierto en el caso de afirmaciones con un alto contenido teórico. Las proposiciones no están sujetas por sí solas a confirmación, lo están en conjunción con otras.

Hasta aquí las críticas a los dogmas del empirismo. Con estas excursiones a la teoría del significado y en especial a las críticas sobre el verificacionismo, no tengo otro propósito que mostrar cómo en la filosofía del lenguaje desde tiempos contemporáneos a Ross existían ya aportes suficientes para dejar atrás tales dogmas empiristas.

4.- *El derecho subjetivo como hecho institucional*

A mi juicio, es posible dar un significado distinto a la expresión "derecho subjetivo". De este intento me ocuparé a continuación. Para seguir usando la palabra "significado" debemos hacer algunas prevenciones. A nuestro juicio, podemos hablar de *significatividad* como la aptitud de una expresión para tener un sentido en la comunicación; no para comprometernos con entidades abstractas, independientes de toda disposición intencional. Hago esta digresión previa, porque a nuestro juicio, no está dirimido en definitiva que la noción de significado sea inútil o que conduzca necesariamente a reinos metafísicos. John Searle, como se sabe, dice que no es necesario postular ningún reino metafísico especial para explicar la comunicación y la intencionalidad compartida⁴.

Incluso está dispuesto a admitir, contra Putnam, que tenemos significados en la cabeza y, más aún, que no hay otro lugar donde puedan

4. *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*, traducción de Enrique Ujaldón Benitez, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 203 y ss.

estar. En el mismo sentido induce el hecho que Davidson discrepe de Grice señalando, el primero, que para conocer las intenciones del hablante es preciso ser capaz de interpretar correctamente sus preferencias, es decir, que no podemos inferir una creencia si no conocemos el significado.

De este modo, la expresión "significado" sólo pretende considerar el uso que se hace entre los juristas y los usuarios del Derecho del concepto de derecho subjetivo, así como su trayectoria histórico-cultural. En otras palabras, entendemos que es perfectamente posible e imprescindible entender la expresión significatividad en el marco de la tradición pragmática de la filosofía del lenguaje.

Las debilidades de la crítica de Ross, que también se pueden predicar respecto de Kelsen, no implican que debamos volver a pensar la expresión "derecho subjetivo" como significativa de algún tipo de entidad independiente del derecho y previa a éste, o un tipo de hecho verificable que se produce como consecuencia de normas jurídicas objetivas.

El significado de la noción de derecho subjetivo, luego de haber revisado las objeciones que incorporamos debería ser conducida —nos parece— a la idea de hecho institucional.

El concepto de derecho subjetivo tiene historia en el sentido que es fruto de una práctica social en la que han intervenido —como se dijo— usos, costumbres, creencias, ideologías, intereses, por nombrar algo de los componentes de dicha historia. Por lo mismo, no parece plausible reducirlo a una noción jurídico-dogmática. No estamos afirmando que la expresión "derecho subjetivo" no tenga una dimensión sistemática, sino que ella no puede ser reducida a esa. Esto es así porque la noción de derecho subjetivo no es obra original de juristas, éstos han intervenido después para el cometido propio de la dogmática, es decir, la sistematización de los conceptos del derecho y de sus relaciones. La importancia de no quedarse en la reducción radica precisamente en que el análisis de la expresión se debe iniciar antes, considerando su historia, su inserción en la cultura y su carácter simbólico-representativo, pues en esta misma medida la sistematización será más transparente y más idónea para la ciencia y la filosofía del derecho.

Es probable que tanto el esencialismo o sustancialismo de las doctrinas decimonónicas de la voluntad o el interés, así como la exacerbación empirista del siglo XX hayan oscurecido el análisis dogmático de la expresión "derecho subjetivo", precisamente, por no haber considerado su historia y su uso social concreto como partes de su significado.

La expresión derecho subjetivo remite claramente a un momento histórico de una sociedad o cultura determinada. Ello no puede ser irrelevante para buscar la significatividad de dicha expresión, no surge en la China del siglo XV, ni en la India del siglo XII, no forma parte del léxico jurídico de los romanos, como se afirma al inicio de esta conferencia.

Por otra parte, existe otra razón para conducir el significado de esta expresión a la idea de *hecho institucional*: ya que no es un concepto meramente técnico o instrumental, mejor dicho, pertenece al lenguaje ordinario. El hecho histórico de que la noción de derechos subjetivos fuera protagonista de las declaraciones de derechos ya es demostrativo que es anterior a la sistematización jurídica. Del mismo modo, el hecho que la noción de derechos subjetivos esté presente hoy en las constituciones políticas para designar cosas tan distintas desde el punto de vista dogmático como son el derecho de propiedad privada y el derecho a la salud o a la educación, nos demuestra también que su fuerza legitimadora trasciende su mero carácter sistemático.

Que la sinonimia sea aparente y falaz entre estos derechos, propiedad y educación, no conduce a la conclusión de que la expresión "derecho subjetivo" sea un mero *flatus vocis* —como dice Ross—, sino, a la inversa, que su carga semántica es tan densa que el *sistema* o los sistematizadores no pueden dejar de recurrir a ella. En otras palabras, que se diga que en dicha expresión no hay más que ideología supuestamente asociada al poder manipulador nos está indicando algo muy importante: que incluso el poder político debe cargar con ella y sobrellevarla, aunque casi siempre con un incómodo desgan. Me refiero al hecho que tiene que admitir la expresión "derechos" para referirse a demandas sociales que con esa palabra reivindican dignidad en el mismo sentido tal vez que Hugo Grocio en 1625 la usó para designar el sentido del término *ius* como la cualidad moral

que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente.

En la medida que la mencionada expresión pertenece al lenguaje ordinario o natural tiene sentido recurrir a las distinciones de Searle entre hechos brutos y hechos institucionales. De acuerdo a lo que señalamos en su momento, la tesis que vamos a explorar es que la expresión "derecho subjetivo" designa o —mejor dicho— puede ser comprendida como un *hecho institucional*, esto es, un hecho que puede explicarse solamente en términos de reglas constitutivas subyacentes. Los *hechos institucionales* presuponen la existencia de instituciones humanas y éstas son sistemas de reglas constitutivas.

El lenguaje es una de estas instituciones pero a la vez es la institución social básica en el sentido de que todas las demás (el dinero, la propiedad, el matrimonio, etc.) presuponen el lenguaje. Sin embargo, el lenguaje no presupone otras instituciones; podemos tener lenguaje sin tener dinero ni matrimonio, pero no al revés. El rasgo más importante que aporta el lenguaje para la construcción de los hechos institucionales es la existencia en él de mecanismos simbólicos, como las palabras, que, por convención significan, o simbolizan algo que va más allá de ellas mismas. Por esta misma razón el lenguaje es parcialmente constitutivo de los hechos institucionales. Existen palabras, símbolos u otros recursos *convencionales* que significan o expresan algo, o representan o simbolizan de un modo que es públicamente comprensible. En este sentido el lenguaje posee un papel constitutivo en la realidad institucional.

Ross buscó el *hecho bruto* y no pudo hallarlo porque la expresión "derecho subjetivo" no puede ser comprendida sino como parte de una realidad institucional. Como dijimos, los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana, es decir, al margen de un sistema de reglas constitutivas. En el lenguaje de la ciencia jurídica también se utiliza la expresión "institución", pero para aludir corrientemente al conjunto de regulaciones legales o jurídico-normativas positivas de una misma relación social. En estos casos, en la medida que dichos usos suponen conjunto de normas jurídicas, éstas corresponden o se aproximan en el lenguaje de Searle a las reglas regulativas, al menos en el sentido que entre las acciones reguladas y

las reglas existe una independencia lógica, pues tales acciones pueden tener lugar como conductas sociales significativas por sí mismas, sin que existan reglas que se refieran a ellas.

Esto no quiere decir, sin embargo, que las instituciones jurídicas en el sentido que antes mencionamos no tengan a su vez *reglas constitutivas* que subyacen a sus formas jurídico-dogmáticas.

Esto mismo queda demostrado por la distinción que hace MacCormick en el sentido que ciertos conceptos jurídicos o instituciones fundamentales, como el matrimonio, un contrato, están determinados por la concurrencia de tres tipos de normas: normas *institutivas*, normas *de consecuencia* y normas *terminativas o extintivas*⁵.

Las normas *institutivas* refieren a la existencia de la institución, fijando sus condiciones de validez y de impugnabilidad de las manifestaciones concretas de dichas instituciones;

Las normas *de consecuencia* determinan las atribuciones y obligaciones que derivan de un caso concreto de dicha institución; y,

Las normas *terminativas* determinan las condiciones de extinción o caducidad de las instituciones.

Las normas *institutivas* de Mac Cormick —claro está— son en principio equivalentes a las *reglas constitutivas* de Searle. Pero aquí no sólo hay un cambio de nombre. Para MacCormick y Weinberger el gran error de Searle es concebir a las reglas constitutivas como reglas no prescriptivas sino definitorias en el sentido que constituyen y definen determinadas prácticas o actividades, incomprensibles sin referencia a dichas reglas. Esta misma sería la diferencia con las reglas regulativas, que sí se caracterizan por tener un carácter prescriptivo.

Las reglas constitutivas son aquellas disposiciones de la intencionalidad colectiva que nos permiten comprender un fenómeno más allá de sus aspectos físicos o biológicos. El trecho central —dice Searle— en el puente que va de la física a la sociedad está constituido por la intencionalidad colectiva, y el movimiento decisivo, en el tránsito de creación de realidad social a lo largo de este puente, es la imposición intencional colectiva de funciones a entidades que no pueden cumplir tal función sin esa imposición. El movimiento radical que nos lleva de

5. *Law as institutional fact*, *Law Quarterly Review*, 90, 1974.

hechos sociales simples, como que estamos sentados juntos en esta conferencia o conduciendo un automóvil, hasta hechos institucionales, como el dinero, la propiedad, y el matrimonio, es la imposición colectiva de una función significativa a entidades que —a diferencia de las sillas y los automóviles— no pueden cumplir las funciones merced a su estructura física⁶.

Un derecho subjetivo existe en el mismo sentido que existe un matrimonio, una promesa, una hipoteca, un gol en un partido de fútbol o un jaque mate, esto es, como un tipo de *hecho institucional* cuyo rasgo característico y definitorio es que presupone la existencia de unas prácticas sociales institucionalizadas. En otras palabras sólo pueden ser comprendidos o adquieren significado a partir de la existencia de instituciones, esto es, de un conjunto de reglas constitutivas.

Así, se puede adquirir un derecho subjetivo como se adquiere la condición de cónyuge o de acreedor o de deudor hipotecario. Esto puede no representar una novedad entre los juristas acostumbrados a interpretar hechos sociales, conductas e incluso fenómenos naturales a partir de normas jurídicas. Sin embargo, esta interpretación del concepto de derecho subjetivo como hechos institucionales no es corriente entre aquellos y tienden aún hoy a admitir explicaciones que refieren dicho concepto a cualidades presuntamente innatas del individuo o a caracteres meramente positivistas o legalistas.

A mi juicio, así es poco convincente decir que no existen los derechos subjetivos y que son meros conceptos vacíos de contenido, y me parece plausible afirmar que los derechos subjetivos existen como hechos institucionales. Esta segunda afirmación no remite a esencias tan naturales como misteriosas, que excluyen la construcción social, salvo su acceso por vía de la razón, ni a hechos físicos ajenos a toda intervención del hombre. Comprender la expresión "derecho subjetivo" como un concepto social depositario de una suma de sedimentaciones colectivas de tradiciones y creencias que podemos explicar históricamente parece bastante más idóneo para la ciencia jurídica y sus funciones dogmáticas.

6. *La construcción de la realidad social*, traducción de Antonio Doménech, Paidós Básica, Barcelona, 1997, págs. 55 y ss.

Me resulta inevitable mencionar la analogía de la tesis de Searle acerca de los hechos institucionales y una obra, ya antigua, de sociología del conocimiento, de Berger y Luckmann⁷. En ésta se hallan explicaciones muy valiosas, a mi juicio, para conceptos básicos de los hechos institucionales, especialmente las que refieren a los orígenes de la institucionalización, de los universos simbólicos y los mecanismos para la permanencia de dichos universos. Esta digresión, que no quiere ser una conclusión, la he traído a colación porque alguna razón de la historia del pensamiento debe haber para que un filósofo del lenguaje nos reconduzca a ópticas sociológicas para observar conceptos del derecho. Tampoco es una mera casualidad que el intento más actual de superación del positivismo jurídico se apellide precisamente, *neoinstitucionalista* y tenga como uno de sus principales aportes el trabajo de Austin y Searle, y por intermedio de éste lleguemos a observar los conceptos jurídicos como sistemas de procesos de institucionalización⁸.

Desde luego, apreciado así este concepto de la teoría general del derecho, se proyecta a discusiones muy relevantes sobre qué es un derecho y en qué sentido existen: ¿Son tales sólo los que están recogidos por el orden jurídico positivo o también otros que todavía están excluidos de dicho orden? Por cierto que a la pregunta ¿Qué derechos tenemos? seguirá respondiendo la dogmática jurídica o la ciencia jurídica propiamente tal. Sin embargo, se nos hace más plausible la alternativa de no reducir el problema a la vieja dicotomía entre iusnaturalismo y iuspositivismo, particularmente en relación al concepto de derecho subjetivo, reductivismo al que —sin lugar a dudas— contribuyeron Kelsen y Ross.

5.- *Los derechos como prácticas institucionalizadas*

A título de conclusiones me propongo terminar con lo siguiente. Los derechos u otras relaciones jurídicamente reguladas existen como

7. *La construcción social de la realidad*, Traducción de Silvia Zuleta, Madrid, Amorrortu-Morquía, 1984.

8. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, Madrid, Dykinson, 1996.

formas sociales. Por lo tanto no cabe negarlos ni dotarlos de alguna sustancia abstracta trascendente. En el plano iusfilosófico parecen ser esas las coordenadas del estado de cosas vigente.

Una de las manifestaciones de esta necesidad de aproximar a nivel de la filosofía del derecho las categorías jurídicas y las prácticas sociales es el esfuerzo que se hace desde el positivismo jurídico neoinstitucionalista que podemos presentar como el encuentro de los trabajos de Ota Weinberger y Neil MacCormick.

La concepción de los derechos subjetivos como derechos naturales y las teorías tradicionales han provocado suficientes problemas a la dogmática a la hora de sistematizar, clasificar y fijar las nociones idóneas para la ciencia jurídica. Por eso mismo han perdido legitimidad y han surgido otras sistematizaciones como las de Hohfeld en 1923 y la obra de Robert Alexy publicada originalmente en 1986⁹, que me parecen una referencia obligada para un estudio de carácter dogmático.

Nuestras reflexiones se inscriben en un plano todavía lejano a la posibilidad de construir conclusiones relativas a la dogmática, pues sólo pretenden llamar la atención sobre cuestiones de orden general.

Una de estas cuestiones previas es dirimir si es aceptable admitir que las prácticas que rigen las conductas de los individuos pueden llegar a ingresar al mundo jurídico mediante el proceso de institucionalización. Esta posibilidad no contradice la tesis del origen social del derecho, pero sí contradice la doctrina según la cual el derecho en todo caso debe ser establecido a través de actos expuestos de promulgación. Es decir, que para que cada norma pueda ser derecho válido debe existir un acto real de voluntad de una persona cuyo sentido coincida exactamente con la norma. Aquella posibilidad también contradice la doctrina que incluye como normas válidas sólo aquellas que además de las anteriores pueden ser inferidas lógicamente a partir de esas.

La positividad del derecho no exige que las normas jurídicas tengan una enunciación o formulación explícita y evidente, sino solamente que tengan la posibilidad de que su contenido sea formulado lingüísticamente. Esta hipótesis no puede parecer tan sorprendente si

9. *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

se considera que ordinariamente la formulación del derecho es indeterminada y que es dotado de sentido a partir de una serie de estándares culturales que forman precisamente una ideología normativa común, cuya legitimidad o validez proviene de la práctica social de los juristas o de la comunidad en que desarrollan sus actividades. El trabajo específico de juristas, es decir, su cometido dogmático, no se hace sólo en base a signos escritos, pues también interpreta prácticas que dan lugar a costumbres jurídicas, lo que no es más que la continuación de una actividad más amplia y frecuente de calificar y ponderar hechos y conductas para darles un sentido o significado normativo.

Por otra parte, considero que concebir al derecho como un hecho institucional y referir este concepto directamente a ciertas regulaciones jurídicas ha de contribuir a incorporar en la reflexión sobre la racionalidad o la justicia de principios y normas consideraciones que si bien en ningún caso permitan probar valores o principios, darían una insustituible riqueza social y cultural al debate jurídico filosófico. Las prácticas sociales no puede decirnos qué es lo justo de las categorías jurídicas, pero sí nos pueden ayudar a clarificar qué quieren decirnos tales categorías sobre la justicia que pretenden, y qué límites y posibilidades ofrecen esas mismas prácticas a los discursos que expresan dichas categorías jurídicas. La referencia a las prácticas institucionalizadas puede contribuir a la desmitificación y la transparencia del lenguaje de la ciencia jurídica, pero no al estilo del positivismo del siglo XX.

La idea de concebir las categorías jurídicas fundamentales en cuanto refieren a hechos institucionales debería enriquecer a la filosofía del derecho. No es lo mismo hacer filosofía jurídica de unos supuestos derechos innatos o presuntas simulaciones ideológicas, que hacerlo sobre la base de categorías jurídicas que no prescinden del valor explicativo de las prácticas sociales que subyacen a las mismas.

En tal sentido, en la medida que la filosofía modifica su objeto de estudio no puede ella permanecer la misma. Las filosofías del derecho que se ocupan de las categorías jurídicas en tanto dotadas de un significado esencial e ideal, y también las que se ocupan del derecho en tanto una sucesión de actos de promulgación, deberían ampliar su material de estudios. De este modo, el ámbito del derecho positivo abarcaría las normas jurídicas generales, las que se derivan de éstas,

las pretensiones y relaciones jurídicas, la jurisprudencia, el trasfondo teleológico del sistema, la cultura jurídica interna. Es decir, la totalidad de la realidad institucionalmente existente, según la idea del positivismo jurídico neoinstitucionalista.

HOMENAJES